

翻 訳

サンティ・ロマーノ
『法秩序』（４・完）

井口文男

(承前)

〔§47のb〕の注（139の3）の原文は、1889年刑法典390条に対応するのは1930年刑法典511条であると記しているが、これは571条の誤記または誤植と思われるので訳者が訂正した。なお、1930年刑法典の邦訳については、法務大臣官房司法法制調査部編（森下忠訳）『イタリア刑法典』（法曹会、1978年）を参照されたい。〕

§ 38. 或る秩序の他の秩序に対する内容に関しての重要性。種々の場合： a) 下位の秩序の直接または媒介的な源泉としての上位の秩序；下位の秩序の源泉ではなく、その内容に影響を与える上位の秩序（国際法、教会の協約）。

内容に関しては、或る法秩序は他に対して種々の権原そして種々の形で重要なものとなりうる。

a) ここでも言及すべき第1の事例は、その優越的な力によって、他のものが有すべき内容を直接または間接に決定する秩序にかかわるものである。たとえば、国家は市町村の秩序に対して、自己の法律により直接にそれを創設し、あるいはその自治を規律することによっても影響を及ぼすのである。かくして、すでに検討したごとく、この自治の展開の妥当性が依存する条件を定める場合に、その条件の中でも、まさに市町村が自ら与える秩序が有すべき内容にかかわる若干のものを設定する。

私人の自治の内容にとっても、それが法の源泉になりうる事例においては常のことであるが、国家法が重要となりうる。国家法は私人の自治の第1の基礎をなし、あらゆる意味においてその条件となっている。

これに対し、次の場合は実質的に異なっている。すなわち、或る秩序が確かに他のものに優位しているが、その優位は、その性質または規範によってのみではなく、上位の秩序と共存しうる下位の秩序の独立と始源性によっても限定されている場合である。このことは主に国際法と国内法の関係において生じる。前者が後者の存在とその多様な発現の効力に影響を及ぼすことができないように、同じ原則とその更なる展開のために、その内容を

直接に決定することができない。しかしながら、国家に一定の法を制定することを課したり禁止したりし、逆に国家がそうすることを承認することにより、その内容に影響を与えることができる。いずれにしても、国家が国際法のかかる規定に抵触し、それに適合しない内容を自らの秩序に与えたならば、国家は国際的に重要な自己の義務を怠ることになるが、その内部秩序は、それ自体、完全に正当である、という原則は変わらない。だから、このような視点及びこのような意味においてのみ、国際法により国家に課せられた、禁止された、または許容された立法につき語りうるし、通常語られているのであり、この賦課、禁止、許容には明示的なもの、黙示的なもの、直接的なもの、間接的なものがある⁽¹⁰¹⁾。そして、国際法によって設定された法を制定したり制定しない権利または義務は、国内法に由来し国際法によって規律しえない国家の立法権そのものではなく⁽¹⁰²⁾、国家が他の国家に対して有する権利または義務であり、立法権を利用することにより行使し遵守するものであることを忘れてはならない。換言すれば、このことは次の帰結を示唆する。国際秩序は国家秩序の内容に影響を及ぼしうるが自らの規定の直接の効力によって（*ipso iure*）ではなく、前者に由来する他の国家に対する国家の権利の行使または義務の履行が原因となり、その結果としてである。究極においては、自己の秩序の内容を決定するのは常に国家であるが、この決定に対して国際法が、既述の意味において、影響を及ぼすことを妨げるわけではない。

そこで次のような結果となる。国際法は、その性質と内容からして、国家の機関に対しても、一般にその民に対しても、規範を付与するものではなく、国際法の遵守にとっても必要となりうる規範と行為の専属的源泉である国内法の統合的部分をなすものではない。とはいえ、国際法に由来する関係は国内法にとっても法的に重要なものと考えられるべきものである。ただし、その源泉としてではなく、それを動かすことができ、それにすでに含まれている規範を適用し遵守せしめることができる限りにおいてである。その中でも首位を占めるのはすでに言及したものであり（§ 37）、それは一般的に、そして上位の要請なくして、国際的義務の遵守を課する。

ここからまた次のような帰結も引き出される。国家が、ある事項、または事例を特に規

(101) 細部には相違があるが、Triepel, *op. cit.*, p. 253 segg.; Anzilotti, *Il diritto internazionale*, p. 49 segg.; Corso, I, p. 33 segg. [ed. tedesca, p. 42]; Donati, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino 1906, p. 347 segg.; Marinoni, *La responsabilità degli Stati cit.*, p. 151 segg.; Ghirardini, *Il diritto processuale civile internazionale italiano*, I, Spoleto 1914, p. 76 segg. を見られたい。[さらに近時の多くの著者の中でも、とりわけ、Perassi, *Lez. di dir. internaz.*, Roma 1937-1938, I, p. 26 segg.; II, p. 14 segg.; Romano, *Corso di dir. internaz.*⁴, p. 50 segg. 等々を見られたい。]

(102) いささか異なるが、Anzilotti, *Il diritto internazionale ecc.*, p. 184 segg.; Corso I, p. 37 を見られたい。[現在では、ドイツ語版の43頁において、本文に述べたことに親和的になっている]。反対するものとしては、Donati, *I trattati ecc.*, p. 290 segg.; *Gli organi dello Stato e il diritto internazionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, p. 454 segg. [さらに Ago, *Teoria del dir. internaz. privato*, p. 66; Balladore Pallieri, *Dir. internaz. pubblico*³, p. 55 segg.] を見られたい。

制することなく、国際法が処置するところにかかわらせる場合に、このことは国際法をもって当該事項を規制する秩序としたことを意味するのではない。実際、当該事項は、その内容及びそれにかかわる主体において、国際法の想定しているものとは実質的に異ならざるをえないものであり、このようなかわりには、準拠と呼ばれることも多いが、我々の見るところそのようなものではなく（§37を見られたい）、国際法が課するか、その制定を許容しているところのものに適合する国内法の間接的な制定を意味するものである⁽¹⁰³⁾。このように、ある条約の執行が端的に命令された場合には、この命令は、その執行に必要な規範の制定を意味するのであり、しかもそれはその明示の定めによるのではなく、その公布により条約を了知するに至った解釈者の引き受けるところに委されている。

同様な事象は、国家秩序または教会秩序と両者間の協約により創設される双方に優位する法との関係においても生じうる。学説はこの点に触れることはないが、だからといって興味深くないということにはならない事象である。

§ 39. b) 複数の下位のものではあるが、相互に独立している秩序の内容に影響を及ぼす上位の秩序。

さらに、下位の秩序を通じて、直接的にはこれにより考慮されることを求めることのできない他の秩序または他の複数の秩序の内容が或る法の内容に影響を及ぼしうることがありうる。このような例も国際法が提供している。というのは各国家の秩序間を調整しようとするからである。かくして各国家は限定された内容を種々の基準でもって自己のものとするよう責務を負うことになる。この基準は、ある時はその内容を自己の領土と民以外には拡張しないという消極的責務をもたらし、ある時は一定の事項を他の諸国の法にかかわらせるという積極的責務をもたらし、このかわりがいかなる性質のものであるか、いかなる帰結を含意するかということは、周知のごとく、大いに争われている問題であり、この点については類似の問題が生じる他の事例につき次節において簡略に言及することになろう。

同様に、協約システムにおいても、国家そしてそれに対応して教会は、協約に従いその効力として、規範を制定し、または制度を設立する責務を負っている。ただ、その際、協約に係る他の当事者の規範または制度を考慮に入れることはあるが、協約によって直接に定められた規定に従うわけではない。

⁽¹⁰³⁾ とりわけ、Anzilotti, *Il diritto internazionale*, p. 74 segg.; Donati, *I trattati*, p. 285 segg., [及び、一般に近時の文献を]を見られたい。周知のごとく、旧来の学説及び判例はこれに反対しており、とりわけ国際条約につき、それが国の法律になることを承認するものが多い。

§ 40. c) 下位にある，または独立した他の秩序を考慮して自己の内容を自ら決定する秩序：国際私法；世俗法に準拠する教会法；教会法に準拠する国家法。

或る秩序の片面的決定が他の秩序の内容に影響を及ぼしうる権原を有しうる 경우가あり，前者は後者から独立している場合もあり，後者に服従している場合もある。

このように，すでに検討したごとく，国家法はその優越する効力により，市町村法の内容にとって重要であるが，互換的に後者もその国家的規定自体の効力により前者にとって重要なものとなりうる。実際，他の自足的団体と同じく市町村は国家の補完的団体，その間接機関としての役割を引き受けている地位にあるので，その存在と活動に期待する国家は，その団体自身によって国家の利益のためにも行使されることを棄えている権能の行使のために一定の自己の直接的機関を設立することを免れていることは明白である。かくして自足的なものは二つの法秩序の相互の影響に関する興味深い例を提供している。そこでは他のものに依存している一の法秩序が自己のことを考慮に入れるように働きかける契機を与えることにより他のものに反作用を及ぼしているのである。

ところで，国際法により明確には抑制されることなく，国家が他の国家の秩序に関して自己の秩序を決定する例はよくあることである。ともあれ，いわゆる国際事項に関するすべての国内法—超国家的な国際法の帰結として制定されたものをも含めて—は，国際社会への国家の帰属，そして法秩序としての他の国家の承認，したがってまた種々の国家秩序間における一連の関係を前提としている⁽¹⁰⁴⁾。とりわけ，いわゆる国際私法は，この視点からすれば，特徴的である。今や通有のものとなっている区別⁽¹⁰⁵⁾によれば，第1に国家法秩序の調整に関する真正の国際法の規範—少なくとも多かれが—が存在する。この規範に直面したときには，或る国家秩序の内容が他の国家秩序の内容にとって，国際法という双方に優越する秩序を通じて，重要となる事例—これについてはすでに言及した—が問題になっている。とはいえ，第2に，この規範を越えてまたはそれが欠如している場合に，国家自身が，自ら自発的に，自己の法を他の国家の法に調整せしめるということが起こりうる。実のところ，後者と前者との間に近時の学説が好んで強調するような実質的かつ譲歩しえない違いがあるのかについては大いに論争されている。実際，この調整は，単に事実上かつ実質上のみではなく法的な要請としても考えられており，多様な意味を帯びている。法的なものとするれば，この調整は，超国家的な国際法の欠缺と不足を補完するものとして各国家の立法者に対して国際的な権能を与え，引き受けさせているということになるであろう⁽¹⁰⁶⁾。このことについてはすでに言及したところである。かかる見解を論駁する者

[104] Ghirardini, *Il diritto processuale, civile ecc.*, p. 50 ss. を見られたい。そこでは国際事項における国内法の観念の近時の流布した分析がなされている。またそこに引用された文献も見られたい。[拙書 *Corso di dir. internaz.*, p. 10 segg. 51, 52 をも見られたい。]

[105] これについては，とりわけ，Zitelmann, *Internationales privatrecht*, I, Leipzig 1897, p. 73 segg. を見られたい。

[106] Anzilotti, *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca San Cascino 1898, passim e p.

は余りにも行きすぎた面があるように思われる⁽¹⁰⁷⁾。この見解はより正確な言明を必要とするのではあるが、真理の一要素を含んでおり、このことは今日短絡的に看過されようとしている。確かに、伝統的学説がそうであったように、自然法の原則から出発して、すなわち個々の国家の上に実定国際法のみではなく、それ以外に今日では一致して法外のものとみなされている一連の合理的規範を指定することにより、この見解を擁護することはもはやできない。このようにしては問題は解決されることなく、むしろ除去されたことになる。問題の側面を取り替えただけである。実際、留意すべきは、先の事例において、他国の秩序を考慮して一定の内容の秩序を有するよう国家に義務付ける国際法の規範が欠如しているとしても、国家は自己の法の絶対的な属地性を排除する概括的で不確定の義務を常に有するであろうし、各国家はこの義務を理解し実行する方式についてのみ自由であるということである。この定式が極めて漠然なものと思え、事実そうであるにしても、それにもかかわらず、我々の見解によれば、問題の正しい解決への着手を含んでいる。それは法一般に関して我々が展開した概念を適用することにより獲得されることになるであろう（個別の問題を敷衍することはこの場にふさわしくない）。法は、一般に信じられているごとく、単に規範のみから構成されているのではなく、したがって規範のみによって妥当しているのではなく、その総体としての存在、すなわちそれが存在するという単なる事実によってそれを構成するものに対して法的重要性を有する制度としても妥当しているのである。さらに、国際秩序は個々の国家に対して二つの方法で作用する。1) 国家の相互関係において国家に権利と義務を課す個々の規範によってである。この場合には、我々が想定している場合において、各々の国内秩序を何らかの基準により調整するような明確かつ厳格な義務を国家に課すことのできる国際法が存在することになる。2) 国家に対して一般的地位、国際社会の成員であるという地位を示すことに限定することによってである（この契機は論理的には第1のものに先行する）。かかる地位—資質または身分のいずれでもよいが—は、法的にはそれ自体で重要であることを検討してきた (§ 23)。それが個々の権利または義務に分解されない、または還元されないとしてもそうである。むしろそのような還元は不可能である。この地位の（したがってそこから派生する国際法の）帰結は、各々の国家は、かかる資質にいわばとらわれており、そこから離れることはできず、離れようとも欲しておらず、その国内秩序においてそれを計算に入れているということである。したがって、国内秩序は国際法の影響を受けており、第1の場合には、それが定める関係（国家間

132 segg.: Il diritto internazionale cit., pp. 122 segg., 149 segg.; Fedozzi, Il diritto processuale civile internazionale, Bologna 1905, p. 6 segg.; Diena, Principii di diritto internazionale, II, n. 37; [Dir. internaz. privato, 1917, pp. 27, 97]; Considerazioni critiche sul concetto dell'assoluta e completa separazione fra il diritto internazionale e l'interno, in Rivista di dir. pubblico, 1913, I, p. 332 segg.; Ottolenghi, Sulla funzione e sull'efficacia delle norme interne di diritto internazionale privato, Torino 1913, passim, p. 10 segg., 70 segg.

(107) 近時のものとして, Donati, I trattati, p. 440 segg. in nota; Marinoni, La natura giuridica del diritto internazionale privato, in Rivista di dir. internazionale, 1913, p. 457 segg.; Ghirardini, op. cit., pp. 13, 36 segg. を見られたい。

に権利と義務を生じさせる）のためであり、第２の場合には、国際社会（*societas gentium*）が具体化されている制度の総体から各国家に帰属する一般的地位のためである。この地位は一般的であるがゆえに法的に重要でないということにはならない。

成員としての自らの資質を発揮し、したがって自らの秩序を成員である他の国家の秩序と調整するために、国家は、一般にみなされているごとく、自己の秩序の単なる適用の領域ではなく、その実質的内容の領域を限定することに取り組む。これは先の事例と同様ではあるが、もちろん言及した違いはある。そして同時に、その秩序がいわば後退した分野に、様々な基準でもって選択され決定された外国の秩序の内容が浸透することを定めるのである。かくして二つの原則が得られる。それは理念的には区別されるが、実際においては、通常、単一の規定に合流する⁽¹⁰⁸⁾。第１のものは国家秩序自身によって設定された境界を示している。第２のものは外国法に準拠する。この二つの原則は緊密に結合している。というのは、立法者が所与の事項を自ら規律する権限がない旨を宣言する動機は、外国の立法者の権限を承認しているからである⁽¹⁰⁹⁾。しかし、ここで挙げられているのとは全く異なる事例においては、国家がある事項を自己の立法権から排除しているのは、それが法的に重要なものではなく（§ 46）、したがって他の秩序を参照することがないという事実に基づけられるからである。この二つの事例をよく区別する必要がある。我々が取り扱っている事項は、国家秩序にとって法的に重要なものとみなされており、したがってこれと何らかの関係をもちうるすべての権能—司法権、行政権そしてまた立法権—にとっても重要である。しかしながら、立法権に関しては国家はその内容を規律するであろう権限を行使しない。法律が常にそれに配慮しているが、単に消極的なものであり、それを積極的に規律する他の国家秩序にとって代わるためである。この二つの原則は国内法の規範となっており、この意味では、同一の事項を共通のものとなしうる複数の秩序の立法権の対立または競合を解決しようとするものではなく（通常は適用後の時点に着目してこのようにいわれる）、それを防ごうとしているのである。通例の用語法によれば抵触といわれるこの規範は、当然のことながら、それを設定する国家に対してのみ妥当するであろう。対立は、その秩序に対してのみ除去されることになる。国際規範がすべての国家にその義務を課す場合には異なってくる。

周知のごとく、かかる抵触規範の認容性についてはかなりの異論が提起された。法規範が法規範であるためには異なる法律間の関係、所与の事実の範疇を規制する権限ある法律の決定を対象とすることはできない、なぜならば法規範は自らに服従する主体間の関係に専らかわるものでなければならないからであると、主張された⁽¹¹⁰⁾。この異論は、法を主

⁽¹⁰⁸⁾ Ghirardini, op. cit., p. 33 segg. と対比されたい。ただし、彼は国内法の適用の禁止及び外国法の適用の命令を語るのであるが、我々によれば、法律の適用に先行する時点、すなわち外国法の排除または準拠をもたらす一定の内容の法律が制定される時点の問題にしている。

⁽¹⁰⁹⁾ Anzilotti, Studi critici, p. 108 segg.; Il diritto internazionale, p. 128 in nota.

⁽¹¹⁰⁾ Donati, I trattati, p. 441 segg., in nota. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, IX, p. 153 in nota. も見られたい。

体間の関係の規制のみに還元する不完全な法概念の帰結であり、我々が論駁したものである(既述部分及び§ 22を見られたい)。ところが、国内規範は、外国秩序に対する国内秩序の限界を設定することはできない、というのは前者は後者と無縁なものであり、両者の相互関連、相互依存の可能性はないからである、国際法のみが、媒介的に、種々の国家秩序の相互関連にかかわることができる、といわれる⁽¹¹¹⁾。このような議論に対しては、まず次のように反論することができる。かかる相互関連が媒介的に国際法の対象を形成することができることを承認するならば、このことはそれが国内法の直接的対象を形成できるのみならず、この場合には、形成しなければならないことを意味している。そうでなければ、このように理解された国際法の規範は重要性をもちえないであろう。さて、この規範が欠如している場合には、国家秩序は他国の秩序を完全に度外視する法的可能性を有していることを承認するにしても、単なる便宜をも含む何らかの理由により、それを考慮に入れることにした場合には、この決定により、外国の秩序が国家秩序にとって重要なものとなることを妨げるわけではない。確かに、当初は、異なる国家秩序間の抵触は事実上の抵触としかみなされないが、或る秩序がそれを法的なものとし、それを除去するために規定を制定した時点以降においては、それはもちろん法的抵触となる。換言すれば、人、物、何らかの関係が同時に多くの秩序の範囲内に取り込まれるという現実を国家は考慮に入れ、その有する手段により自己のために、この事実を規制するのであり、ついでこの事実は国家にとって法的事実の様相を帯びることになり、その際、自己のものではありえない秩序の一つを選択する。この選択は、問題となっている他国の法にとって、また超国家的な国際法にとってもいかなる重要性をも有しえないが、それを行う国家にとっては重要である。この意味では、伝統的理論が用いてきた「抵触」という語は斥けるべきではない。しかしながら、立法者による承認とは独立して、種々の外国の秩序が国家においてそれ自体として効力を有するという自然法的な観念から出発して、この学説がいうように、まず裁判官の前に現出する抵触が問題となっているのではない。むしろ立法者の前に現出するものであり、この作用によつてのみ法的重要性を帯びることになるのである。

以上のことすべては論理的に次の帰結をもたらす。或る国家の法が準拠した外国法は、この事例においては、その国家にとって外国法として妥当する⁽¹¹²⁾。他方、周知のごとく、若干の論者は異なる原則から出発して、ここで問題になっているのは形式的ではない準拠すなわち受容であり、したがって外国法律は、それを準拠した秩序の固有の法律に変形されたとみなしている⁽¹¹³⁾。このように確信するならば、明らかにもはや抵触について語るこ

(111) Marinoni, *La natura giuridica ecc.*, loc. cit., p. 465 in nota.

(112) わけても Zitelmann, op. cit., p. 257 segg. を見られたい。もちろん通説である。

(113) 真正の理論の表明であるかが疑わしい曖昧さを多少とも伴う言及を別として、Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli 1912, p. 303 segg.; Diana, *La sentenza straniera ed il giudizio di delibazione*, in *Rivista di dir. internazionale*, 1905, p. 73; Bierling, op. cit., IV, p. 153 in nota; Klein, *Die Revisibilität des internationalen Privatrechts*, in *Böhm's Zeitschrift*, 1903, p. 353 segg.; Marinoni, *La natura giuridica ecc.*, loc. cit. を見られたい。

とはできない。外国法と内国法との対立はなく、前者は後者の統合的部分となる。もちろん、ただ便宜のために、そしてその規定をそのまま繰り返さないために参照する他国の法の内容と形の上だけ同一の他のものと調和されている。しかしながら、我々によればこの観念は全く根拠がない。実際、外国法の準拠は、国家秩序が自らを制約したという原則に結びつけなければならない。このことは、国家秩序が支配しない分野において支配するために外国法は参照されたのであり、したがって後者は前者の部分として妥当しうものではないことを意味している。そうであることは、すでに述べたことに加えて、次の考察からも証明される。国家自体が自ら規制することが禁止され、他の国家の規則を承認せざるをえない事項があるという超国家的な国際法の規定の帰結として外国の規範が国家法によって承認される場合には、先の異論は全く支持されない。この事例においては、他国の法への準拠はこの国際法の規定の適用によってなされたのであり、したがって受容という性質を有しないということが少なくとも推測されなければならない⁽¹¹⁴⁾。ところで、或る国家の秩序が所与の事項を自発的な決定により積極的に規制しない場合には、同様なことが起こりうることは明白である。両者の間に何らの違いもない。もっとも、言及したところの国際的義務が存在する場合にも、その履行は立法権の措置を媒介としてなされる。それは、後者の場合のごとく、所与の分野に自らを制限し、他の分野を外国法に委ねることを承認しているのである。異なるところは、それが生起する動機であり、国内法の視点からすれば、結果は同じである。

この事例において、立法権限を外国に付与する国家が存在するとはいえない。ここで問題となっているのは、自己の計算で自らを制約し、他の国家との関係に入ることなくその秩序に何らかの価値を付与している国家の内部法の範囲内ですべてが展開するプロセスである。これは種々の国家の立法権限の片面的調整であり、これを行う国家に対して効力をもたらすのであり、他の国家に対してではない。ただし、この国家が、自らの計算で自らのために欲すれば別である。各国家は自己の立法権限を規制するのみであり、それを制約する場合にも規制しているのである。

外国法がそのようなものであるとすれば、外国人は、他国の秩序が自国の秩序を準拠しているにもかかわらず、前者によってではなく後者によってのみ法の主体となるという帰結に至らざるをえない、したがって外国人は前者にとっては権利能力を有していないという異論が唱えられよう⁽¹¹⁵⁾。これに対しては、外国人の自国以外での権利能力がこの準拠によってのみしか引き出されないとしたら、それは真であろう。だが、私見によればいわゆる国際私法の分野には入らないが、ある視点の下ではその前提をなす他の規範によってこの権利能力が宣言されることがある⁽¹¹⁶⁾。実際、かかる規範は、イタリア法においては、国

(114) Donati, Stato e territorio, loc. cit., p. 514 in nota.

(115) Marinoni, op. e loc., p. 474.

(116) Zitelmann, op. cit., I, p. 256 segg.; Anzilotti, Il dir. internazionale, p. 124 in nota ; Ghirardini, op. cit., pp. 26, 65 segg. を参照されたい。

際私法である民法典の前置規定には含まれておらず、民法3条に見出される⁽¹¹⁶⁻²⁾。

かくして、この事例においては、私見によれば、外国法への準拠は、1) 国家の法秩序の限定、そしてこれは2) 所与の事項が外国法によって所与のものとして規制されているという宣言の前提となっていることを含意している。自己の国家において有するのと多少とも同一の効力を、準拠を行う国家において、外国法に付与するために有しうる規定については⁽¹¹⁷⁾後に述べることにするが(§42)、かかる規定はそれ独自の特性を有しているし、いわゆる抵触規範に、少なくとも全体として、必然的に常に還元されることはないと思われる。抵触規範は他の国家の秩序に対しての或る国家の秩序の内容にかかわるが、先の規範は、それを参照する国家法にとっての外国法の効力にかかわる。

このことは、他の場合に、形式的準拠ではなく、受容的準拠がありうることを妨げるものではない。かかる事例においては、或る法秩序の内容が他のものにとって、後者が前者に若干の部分において適合せんとする限り、重要なものとなる。したがって後者は自己制限するものではない。それどころか、所与の事項が自己の領域内にあることを主張し、当該事項を直接的ではなく、準拠する秩序によって事実上そして実質的に充足されることになる「白地規定」でもって規制するのみである。したがって厳密にいうならば、二つの秩序間の関係ではなく、そのうちの一つのものの単なる表現及び決定様式が存在するのである。

複数の国家秩序間の関係において生じることは、他の秩序間の関係においてもやはり生じうるし、以上で述べたことを明確にすることになる類似の事象を生起せしめる。これは学説により深く掘り下げられていないが⁽¹¹⁸⁾、一層の考察に値するものである。

たとえば教会は、周知のごとく、国家に対して完全に自律していることを主張するが、それでも国家の法律すなわち世俗の法律に準拠することがある。そしてこの準拠は異なる性質を帯びることがある。ある時には、世俗の法律が教会の内部秩序の統合的部分になるという意味で、受容的準拠が問題となる。旧い教会法が、自ら正式に制定した規定でもって直接に規制しなかった場合に、その補完的法源としてローマ法に準拠したことがその例である。そしてこの意味での準拠は、教会秩序により厳粛に承認されたばかりでなく、霊的かつ自己のものとされた教会法化された世俗の法律の場合により明白かつ特徴的なものとなる。これに対し、受容的でない準拠も頻繁に行われる。実際、教会が関心をもつもの

[116-2] 現在では、この規範は1942年民法典の前置規定(16条)に含まれている。]

[117] この異なる契機の間にとどのような関連があるのか、各々自律した規範が問題となっているのか、それらは相互に補完的なのか、すべての規範が種々の具体的関係を規制する他の規範に関連するのか、関連するとしたらどのような様式によるのかにつき探究することはここでの課題ではない。

[118] それでも、わけでも、Scherer, Handbuch cit., § 34; Sägmüller, Lehrbuch cit., p. 104; [ed. 1925, p. 52]; Wernz, Jus decretalium, I, 294 segg.; [Jus canonicum³, p. 369; Jemolo, Il valore del dir. della Chiesa nell'ordinamento giur. it., loc. cit.,; Corso di diritto ecclesiastico, Roma 1945, p. 72 segg.; Del Giudice, Il dir. dello Stato nell'ordinamento canonico, loc. cit.,; Checchini, Introduz. dommatica al dir. ecclesiastico it., p. 63 segg.; D'Avack, op. e loc. cit.,; その他, 注(82-2)及び(94-3)に引用したもの]を見られたい。

で、教会にとって法的に重要であるが、単なる世俗の事柄（*res mere civiles*）にかかわるので教会の規範制定権能の範囲に入らない事項というものがある。この事例においては、教会が行う承認そしてそれへの言及は、かかる法律が教会法の部分となることを意味しない。というのは、もしそうだとすれば、国家に帰属するものとして承認している事項に対して立法権能を及ばさないという教会法の原則と矛盾することになるからである。このことがとりわけ明白になるのは、教会の利益には反するが、その公然とした不承認をもたらす程のものではないので教会により寛容される世俗の法律が存在する場合である。寛容は、当然のことながら、真正の受容のいかなる可能性をも排除する。

他方で、国家も頻繁に教会法に準拠する。ある時には準拠は教会法の国家化を意味するが、他の場合にはこのことは排除されるべきである。たとえば、国家が、婚姻を規制する教会の権限を承認し、宗教婚に世俗の効力を付与する場合、これは、形の上でのみ教会の規範と同様の国家の規範により規制される世俗婚へと宗教婚を変形させることを意味しているのでは毛頭ない。むしろ、国家は、婚姻が秘蹟に留まることを欲し、自らはそれを規制する権限はないことを宣言するが、婚姻に国家法としての重要性を付与しているのである⁽¹¹⁸⁻²⁾。

§ 41. d) 他の秩序に合体する秩序。

ここまでは、或る秩序の内容の他の秩序に対する重要性は、各々自己の領域内において同時に効力を有する複数の秩序との関係において検討されてきた。だが、或る秩序がその自律性または源泉を消滅せしめる瞬間に、自らが合体する他の秩序の内容に影響を及ぼし、いわば遺産として受け入れられる場合をも考慮する必要がある。

かかる事例は、たとえば国家または市町村という団体が他の団体のすべてまたは一部とともに構成されるか、拡大され、かくして他の団体は前者に依拠するか合体されることにより消滅するか、規模が縮小する場合に生じる主体間の関係に関して通常検討される。かくして人格とみなされたこれら団体間の承継問題が発生する。一般的な問題設定によれば、承継する団体による、消滅したまたは縮小した他の団体に当初帰属していた権利または義務の引き受けにかかわる問題である。ところで、この問題は、次に述べる状況いかんにより独特の様相を帯びることになる。複数国家間の承継の場合には、国際法固有の原則を考慮しなければならない。国家に対する市町村のように性質が異なり他の組織の部分である団体、あるいは宗教団体の場合には、国家法の原則そして教会法の原則（ここでも国家の

118-2 [周知のごとく、このシステムは1929年2月11日の協約によりイタリアにおいて採用された。このシステムによる国家法と教会法の関係については、多くの論争がある。本文の意味に与するものとして、Del Giudice, *Corso di dir. ecclesiastico*⁴, Milano 1939, p. 382 segg. を見られたい。異なる見解については、Ago, *Teoria del dir. internaz. privato*, p. 117 nota ; Checchini, *Introduzione cit.*, p. 124 ; D'Avack, *Corso di dir. ecclesiastico it.*, Firenze 1937, p. 410 segg. ; Vassalli, *Lez. di dir. matrimoniale*, Padova 1932, p. 116 segg. ; Jemolo, *Corso cit.*, p. 72 segg. ; Gangi, *Il matrimonio*, p. 13 ; ecc. を見られたい。]

介入を別として)が援用されるべきである。だがここで取り扱う必要があるのは、このような問題ではなく、ましてやその個々の様相ではない。我々が関心を抱くのは先に言及した事実により惹起される主体間の承継ではなく、客観的に考察された団体自身の法秩序間に生じる承継である。しかしながら、第1の問題の適切な解決は第2の問題を正確に解決するののでなければ得ることはできない。この牽連関係は、直感されてはいるものの決して敷衍されてはいないが、我々の法の概念からして明白である。団体、すなわち制度またはその部分の他の団体との結合は、常に必然的に、二つの法秩序の結合を意味している。相互の領土、住民、財産等々の結合は秩序自身の結合の結果にすぎない。他の国家またはその一地方を併合する国家は、何キロ平方の領土または幾千の住民を併合するのみではなく、真正の「社会組織」、すなわち我々の観念によればそれを併合する国家の一部となる真正の「法秩序」を併合するのである。したがって、物質的なもののみの併合が問題となっており、次いでこれが併合される団体に帰属していた権利と義務が併合する団体に移転されることを意味するのかと問うことは不正確であると確信している。そうではなく、たとえば、他の国家とともに、あるいは他の国家を犠牲にして拡大する国家は、そのこと自体により自らの秩序を変更するのである。この変更は、まず第1に、併合の瞬間に、併合された領土に自らの秩序を拡大することにより生じる。しかし通例は、その領土自体に存在している秩序も、少なくとも若干の部分においては、効力をもち続ける。このことは、拡大する団体の秩序により後者が承継され、多少とも統合的な部分となることを意味している。かくして、当初は自律していたか、または他の秩序に支えられていた秩序が併合する国家の秩序に結合され、このものの他の構成部分と同様に自己の法的基礎を後者に見出すことになる。かくして、その形式的法源の更新がなされるが、それはいわば主体的とでもいうべき更新であり、したがって秩序自体の客観的同一性は消滅しないことになる。たしかに併合する国家はそれを変更し、または廃棄することができよう。しかし、国家がそれを廃止せず、または他のものと差し替えることがなければ、それは併合された領土においてすでに産み出された表現または産み出そうとする表現でもって妥当し続けることになる。この存続または継続の権原は、一般に信じられているように、かかる法の効力を暫定的にせよ終局的にせよ維持するという直接の目的を有する併合する国家の明示的または黙示的な特別な行為ではない。こうした行為は実際には欠けていてもいいし、欠如しうることもありえ、この権原は併合自体であり、それはその性質からして、かかる効力を産み出すことができるのであり、併合する国家は、自らが引き受けた法の内容を変更する他の行為によってこの効力を除去することもできる。しかし、この除去が明示的になされない限りは、国家自体の秩序は他の秩序によりその内容に影響を受けたままとなる。

この意味において承継について語ることができる⁽¹¹⁹⁾。承継人は、全体的または部分的に

(119) 反対説として、Marinoni, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, loc. cit., p. 362 segg. を見られたい。彼は、秩序の形式的源泉の変更はその絶対的消滅、したがって全く異なる秩序による代替を含意するという観念から出発している。いわゆる源泉の更新の性質につき述べたことから帰結するように、この見解は正当化されないように思われる。

併合されるものに対して併合する主体であり、承継の客体は、多少とも有機的に確定された前者の秩序またはその部分である。ここから次のような帰結が生じる。国内法の視点からすれば、その根拠を併合される秩序にすでに見出した、そして引き続き見出している権利と義務が併合する国家に譲渡される⁽¹²⁰⁾。ただし、その性質上、特定の主体—併合される、または縮小される国家—に必然的に関連するところのもの、したがって他の主体への譲渡が可能でないものは除かれる。ところで、他の国家に対する関係において、すなわち国際法の視点からは、これがいかなる効力を有するかは、国際法の固有の原則に依存しており、ここでは検討する必要はなからう。

§ 42. 或る秩序の他の秩序に対する効力に関しての重要性：或る秩序の対外的及び対内的効果。対外的効果の種々の場合。

最後に、複数の法秩序間の関係は、その或るものが他のものに対して重要でありうることを根拠にして示される効力に関して検討することができる。一般に、或る秩序の効力または効果—いずれの語でもよいが—は、それに固有の範囲において発揮され、異なる秩序によって支配する範囲の前で留まる。だが、このルールは絶対的なものではないし、内部の効果以外に、或る秩序は外部的ともいいうる効果、すなわち他の秩序に対する効果を有することもある。しかし、その内容に影響を及ぼすことはない。もし及ぼすとしたら先述の事例に含まれることになる。例のごとく、いかなる権原によってこのことが起こりうるのか、そしてその結果、いかに異なる事象になるのかを検討することにしよう。

a) 複数の秩序間において或る秩序が他の秩序に全面的にまたは部分的に依存している場合。

考慮すべき第1の事例は、二つの秩序の間に優越または服従の関係が介在するものである。この服従が、何度も言及した意味において完全なものとしたら、上位の秩序が下位の秩序に対していかなる効果を有しうるか、または有すべきかを、そして逆に後者が前者に対していかなる効果を有しうるかを上位の秩序が決定することができることは明白で

(120) 私の著書, *Il Comune* (loc. cit.), n. 301 segg. において、私は、かかる承継の根拠を、或る団体から他の団体に譲渡される人、物、財産、領土、目的等々への個々の権利または義務の一致に見出した。実際上は、この基準は法人の承継が生起せしめる問題を完全かつ正しい方法で解決するものである。しかしながら、理論的視点からは、人、物、財産、領土は、我々が定義した意味において法秩序の要素にすぎないので、他のより一般的で論理的に先行する法秩序への一致—本文で述べている—を考慮することにより、これを補完する必要がある。かくして、或る者にとつては (Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 937 in nota) 余りにも物質主義的で、法関係の権原を十分に正当化しえないと思われていた他の一致または結合も説明されることになる。[本文で言及した観念の展開と適用については、私の論文, *Di una particolare figura di successione di Stati*, in *Riv. di dir. internaz.*, 1925, p. 297 segg. 及び著書, *Corso di dir. internaz.*, p. 129 segg., *Principii di dir. costituz. generale*, cap. XIV n. 8 e anche cap. VII, § 4, n. 5 を見られたい。]

ある。たとえば、国家自体の行政行為または司法行為が市町村に対して有しうる効力、さらには市町村の規則または規則に基づく行為が国家に対して有しうる効力は、国家の法律に依存するであろう。

或る法秩序の他のものに対する服従が単に部分的である場合は、事態はより複雑である。それどころか、この事例においては、一般的性質を有しうるいかなる原則をも跡づけることは容易ではない。というのは、すべては多様なものでありうるこの服従の限界に依存しているからであり、さらには直接的にしる間接的にしるこの限界に結び付けることのできる他の要素にも依存しているからである。たとえば、教会法に基づいて生じる効力が宗教国家に対して妥当する効力、連邦国家の秩序固有の効力が構成国家に対して有する効力等々である。また、各国家に対する国際法の、そして国際法に対する各国家の効力は同一の基準でもってしては考察することはできないし、各々の範疇ごとに個別の取り扱いが必要となるであろうが、ここでの考察の範囲外である。

b) 独立した複数の秩序間の関係において、そのうちの一または各々による片面的規定による場合。国際私法。教会法の世俗的效果。

より直接的に考察されなければならないのは、異なる法秩序において一のものが他のものから独立している事例である。この典型例は、種々の国家の内部法の間に介在する関係—まさに独立している—である。とはいえ、かかる関係は、各々の国家が、自己の計算で自己の規定により、他の国家の法に重要性を付与し、一定の事項につき後者が定める規則を承認し、自ら積極的に規制することを差し控えることを妨げるものではない⁽¹²⁰⁻²⁾。ところでこの承認は、参照した外国法に一定の効果を帰属せしめることをも含意しているが、この効果がいかなるものであるべきかを決定することは未だ留保されている。実際、多くの場合、この効果は、秩序自体が自らに固有な領域において有しているものと合致していない。或る秩序がその由来する国家の領域外では効力を生ずることを欲しない場合に、このことがとりわけ明瞭になる。そのとき、この領域外で価値を帰属せしめることは、当然のことではあるが、その効果を付加することを意味する。だがたとえば、その成員全体が外国に滞在し、外国の方では一定の関係においてその者を自己の法律に服従せしめることを放棄したにもかかわらず、秩序自身がその関係において成員全体に負担を課すことを欲したとしても、この場合には、秩序の始源的効果とそれを承認する国家により付与された効果との間に必然的な合致は決してありえない。実際、この国家が単なる受動的態度をとること、その効力を認めることに限定せず、外国法を自ら適用し、自己の力そして自己の権威でもってそれを遵守せしめる等々のことを行うならば、その国家そのものに由来するものを超え、真に自己のものといいうる唯一の効果をそれに付与することは明らかである。

[120-2] [この点については、拙書, *Corso di dir. internaz.*⁴, p. 52 を見られたい。同旨のものとして、Cavaglieri, *Lezioni di dir. internaz. privato*³, Napoli 1933, p. 60 segg. を見られたい。反対説として、Ago, *Teoria del dir. internaz. privato*, p. 102 ; *Règles générales*, p. 58 segg.; Checchini, *Introd. dommatica ecc.*, p. 72 がある。次注において引用した著者も見られたい。]

逆に、認容された効力が、他国の公共の秩序、善良の風俗、禁止法律に反することが論証されたならば、外国の秩序はその効力を存続させることはできない。したがって、この事例においては、その効果は、一般的には承認されているにもかかわらず、排除されているわけではないが、縮小されている。この視点からすれば、いわゆる抵触規範を国家の準拠する外国法の効果を定める規範から、少なくとも理念的には、区別しなければならない。このことは、常に他のものを前提にする後者のみが、実際的にも実質的にも、存在することが多いということを排除するものではない。問題となっているのが、現実と異なる二つの規範なのか、それとも同一の規範の二つの契機なのかということにつき議論することは、ここでは看過することができる。いずれにしても、外国法の効果に係る規定は適用規範に常に解消されるものではないが、学説は、通例、この後者を強調することに限定していることを浮き彫りにすることは重要である。それ自体法の体系とみなされる外国秩序に直接かつ即時の効果を帰属せしめる場合には、適用規範が存在するとされる。そうすると、その重要性が承認される場合には、当局または各人に対してもそれを適用するように命令することが必要となろう。だが、外国が自己の法に依拠して行った行為（判決が想定される）のみに効力を承認することが問題となっていることもありうるであろう。この場合には、その適用は外国により事前になされており、かかる行為に効力を帰属させる他の国家は、その依拠する法に照らして、その存在と妥当性の有無を検討することに限定するであろう。このことにより、当然に、外国法の効果を常に承認することになるが、それを適用するのではない。そうではなくその適用が承認されるのである。

ところで我々の推論全体に含意されているのは、外国法を規制する規定をもってしても、外国法は「内国化」されることはないということである⁽¹²⁰⁻³⁾。「内国のもの」とは、その効

(120-3) [周知のごとく、この点は、その関連する原理が議論されているように、大いに議論されているところであり、ここでは当該問題の近時の展開は全事項の根本的な修正の必要性を求めているが、ここで言及することはできない。始源的秩序の排他性の原理に依拠して、とりわけ、或る国家の秩序が他の国家の秩序にとって法的重要性をもちうることを否定する見解は許容しえないと述べたことを（注(95-2)を見られたい）まずは想起して簡単に考察することにとどめておこう。とりわけ、外国規範は、専ら外国のものとしてとどまっているので、他の国家の秩序において法的効果を有しないであろう、というのは、規範というものは、その性質を帰属せしめる秩序の部分である限りにおいて法的なものであり、この秩序から切り離されたときにはこの性質を喪失するからである、という異論（Ago, *Teoria del dir. intern. priv.*, p. 105）は正当なものではないとみなしている。この異論に対しては、他の国家の規範に準拠する国家は、この規範をその部分である秩序から切り離されたものとしてではなく、その個別の内容に着目しているのであると、容易に反論することができる。それどころか、それが外国国家において法的であるから、そしてその限りにおいて、それが外国の秩序に帰属しているから、そしてその限りにおいてまさに法的なものとみなしているのである。加えて、我々によれば、本件において、受容的準拠の姿勢を否定しながら、それにもかかわらず、準拠を行う秩序において準拠される規範の真正の合体化を語り続ける者の見解はどうしようもなく矛盾している。この矛盾は、外国法への準拠規範は法を産み出す規範である主張しても（Perassi, *Lezioni*, II, p. 60 segg.; Balladore Pallieri, *Il concetto di rinvio formale ecc.*, in *Riv. di dir. civ.* 1929, p. 443 ; I limiti di efficacia dell'ordinamento it., in *Jus*, 1940, p. 25 segg. ; Morelli, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, *Riv. di dir. internaz.* 1933, p. 12 ; Ago, *Teoria cit.*, p. 108 segg.; ecc.),

力を定める規範であり、規範自体が外国のものとみなしそのようなものと欲している秩序ではない。かくして、権威ある主張とは異なって、我々の確信するところによれば、その執行が他の国家によりその領域内で可能となる外国判決は「内国化」されるのではなく、ましてや、たとえば、外国により接受される領事の任命が「内国化」されるのではない。

実のところ、いかなる規範または行為の効力そして一般に効果は、それ自体で考えられた規範及び行為ではない。法的行為(規範を含む)は存在することができ、そして完全に有効でありうるが、逆に全体的にせよ部分的にせよ効果をもたないことがありうる。反対に、行為が消滅した場合にも、その効果は存続しうる。さらに留意しなければならないのは、行為(やはり法規範を含む)の効力または効果は、全体として必然的に、その内容に由来するのではなく、他の行為または法律(規範であれば他の規範)に由来することができる。それ自体としては疑いもなく基本的なものであるが、正しく確定することは困難であり、しばしば忘却される区別に固執しなくても、以上のことすべては、外国法律の効果は国内法律により決定されるのであり、そのために外国法律がそのもととして存在しなくなるわけではなく、国内法律に変化するわけでもないことを示している。この原則は、それに付与された効果が始源の効果と等しい場合のみではなく、多少とも異なる場合にも真である⁽¹²¹⁾。

ある程度まで類似の関係は国家法と教会法の間にも生じうる⁽¹²¹⁻²⁾。後者が前者から区分された独立の自体的な法秩序であることは、先に論証を試みたところである。霊的及び戒律的事項においては、もちろん国家に由来するものではなく、固有かつ始源的な規範権限を教会は有している。だが、国家は、一定の限度内で—それを正確に述べる必要はない—教会秩序がその法律及び法律の効力を有するものとして制定された行為に付与する効力を承認するのみではなく、これに加えて他の効力を追加することもしばしばみられる。これは、まさしく、「世俗的」あるいは「国家的」といわれるものであり、教会法自体ではいかにしても獲得しえないものである。かくして、その存在または内容の契機に関してではなく、一定の効力に関して他のものにとって重要性を有する秩序の他の典型例—思い違いでなければ、他の同種の事象の正しい評価に役立ちうる—が得られる。この効力は、国家にとっては、すでに述べたごとく、国家秩序の固有の効力と合致するものではなく、そして

解消されない。というのは、合体化により、そこから引き出された外国秩序における規範自体の法性に自己の秩序における法性が従属する規範が自己の秩序に挿入されるからである。自己の秩序と外国秩序との関係に係る法規範を指定する権限を有する源泉は自己の秩序の源泉でもあると主張したり、もっとひどいことには、かくして外国の立法権に自己の秩序における立法権限原を帰属せしめたためであるということにより、かかる見解を正当化せんとするのは、できの良くない便法である。こうした非論理的で巧妙な観念に反対するものとして、Piccardi, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ecc.*, loc. cit., § 13を見られたい。この論題を再検討せんとする近時の試みとして、わけでも、Balladore Pallieri, *Le varie forme di rinvio e la loro applicabilità al dir. internaz. privato*, in *Annuario di dir. comparato e di studi legislativi*, 1943, XVI, p. 331 segg.を見られたい。従前の説を改めている。]

(121) だが、外国法への準拠を一般に受継とはみなさない者も、この場合には実質的準拠が問題となっているとの見解を有している。Ottolenghi, op. cit., p. 83 segg.を見られたい。

(121-2) [注(94-3)、(118)及び(118-2)において引用した文献を見られたい。]

その大小の効力に対してのみではなく、内在的にも異なっている以上、このことがよくあてはまるのである。

c) 或る秩序が他の秩序の前提をなす複数の秩序間の関係の場合。

或る法秩序が他の法秩序に効力を及ぼしうる他の事例は、上述において検討した意味において前者が後者の前提をなす場合に生じる。ここでは細部にいたるまで敷衍することは可能でもなければ、必要でもない。

その例としては次のことを想起することで十分であろう。すなわち、時には、条約の効果が、締約国または第三国による法の制定に条件づけられている場合がある。かくして、この法が制定されたならば、当該条約に付された条件が成就したという効力を有することになる⁽¹²²⁾。同様に、国内法規の事前の制定なしでは、国際的義務にしたがい国家により遂行しえない、または懈怠しえない一定の活動がある⁽¹²³⁾。後者の場合には、一方では、国際法が、黙示的にせよ明示的にせよ、かかる規範の制定を国家に課す限りにおいて、すでに検討したごとく、間接的であるとはいえ、国内法の内容に影響を及ぼし、他方では、国内法が、かかる規範が制定されるか否かにしたがって、国際法に効力を及ぼしている。というのは、国際法の規定の履行はこの規範に依拠しているからである。

d) 順次に承継する複数の秩序間の関係の場合。

さらに、すでに消滅した秩序が、それを承継する他のものに一定の効力を及ぼし続けることがありうる。他のものに合体される秩序が、その内容に影響を及ぼす事象につき先述した（§ 41）。ここで想定する事例は先のもものと結び付いてはいるが、異なるものである。或る国家が他のもの、または他のものの一部を併合すると仮定しよう。前者の秩序は併合の時期において妥当する後者の制度と規範をすでに言及した意味と限界において含むことになるばかりではなく、その秩序は、併合以前に廃棄され、したがって自己のものとはすることのなかった併合された国家の法律に一般に効果を与え、承認することも生じるであろう。このことが起こりうるのは、法律の不遡及の原則、さらにいえば廃棄された法律の支配下になされた行為またはその効力に関する当該法律の持続的効力の原則によるのである。換言すれば、かかる原則は秩序自体が変更を被る範囲内においてばかりでなく、異なる秩序間の関係においても適用されるのである。或る秩序が他のものを承継するときは、後者は、すでに検討したごとく、前者の内容に影響を与えるのである。そこにおいては、少なくとも後者の規範の一部が存続しており、さらに、前者は一定の場合には後者のすでに消滅した部分に、類似の場合にもはや効力を有していない規範自体に帰属せしめるのと同様な効果を承認するのが通例である。

[122] この意味で「国際法上前提とされた法」につき語るのが、Triepel, op. cit., p. 290 segg. である。また、Donati, I trattati internazionali, p. 349 segg. も見られたい。

[123] Triepel, op. cit., p. 301 ; Donati, op. cit., p. 361 segg. ; Anzilotti, Corso, I, p. 37 segg. [ed. tedesca, p. 40. 国内法と国際法の関係に関わる以外のこの概念の他の適用については、拙書 Principii di dir. costituz. generale, cap. VIII, § 6, n. 14 を見られたい。]

§ 43. 或る秩序の他のものに対する重要性の種々の拡張。いわゆる自然債務の問題に關しての適用。

法秩序が他のものにとって重要でありうることの種々の意味と種々の様式につき我々が試みた分析から、この重要性はいろいろの広がりをもちうるという帰結を引き出すことができる。すなわち、それは秩序全体にかかわることもあるし、その一部にしかかわからないこともしばしばある。かくして、たとえば市町村の秩序は、通例、国家の秩序にとって全体として重要であるが、これに対し、各国家の秩序は国際法にとって若干の点においてのみ重要であるにすぎないし、同様に教会の秩序は国家の秩序に対して、国家の秩序は他の国家の秩序に対してそうである。ここから我々の検討した重要性は、あるいは絶対的に通例のものであるか例外を認めるものであり、あるいは反対にそれ自体例外であり、この場合は極めて限定されたものでありうる。

この最後の事例が提供する多くの事例の一つに簡単に注意を向けることも有益であるし、極めて漠然とし不正確な方法によってでなければ、かかる視点の下でそれについて考察したことはないということもあって、我々にとって極めて興味深いものである。それはいわゆる自然債務のことである。今では、このような債務の概念を、ある者は断固として斥け内容のないものとみなし、他の者は限度を越えて拡大しているので、単一の正確な定式に閉じ込めることは困難な企てである。我々のテーマからかくもはみだす企てを欲もしないし、試みることもできない。とはいえ、自然債務—その始源的形態によって示されるであろう正当な限界内におさえられた—は、世俗の、すなわち国家秩序とは異なる法秩序にしたがって有効に契約された債務に存するので、国家秩序にとっては、周知の効力を極めて例外的な別のものとして、重要性に欠けるものであるのかという問題を提起することは無益であるとは思われない。このように、現在の法は、自然債務を道徳上の義務一般⁽¹²⁴⁾、または財産的性質の道徳的義務⁽¹²⁵⁾と漸次に類似のものとしようとしていることが真でありうるとしても、実質的に旧来のものと異なり、それとは区別した方がよからうと思われる新しい類型の自然債務の誕生が結果として生じるであろうこと、またはすでに生じていることを看過することはできない⁽¹²⁶⁾。真の始源的な自然債務を道徳的責務と混同し

(124) 近時の著書の若干のみを引用すれば、Planiol, *Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir morale*, in *Revue critique de legisl.*, XLII, 1913, p. 161 segg. がある。だが、かかる類似はいまだ完全なものとはいえない。Perreau, *Les obligations de conscience devant les tribunaux* (*Revue trimestrielle de droit civil*, XII, 1913, p. 510 segg.) も見られたい。

(125) Bonfante, *Le obbligazioni naturali e il debito di gioco*, in *Rivista di diritto commerciale*, XIII, 1915, parte I, p. 97 segg. [現在は, *Scritti giuridici vari*, Torino 1926, III, p. 42 segg. に登載されている。]

(126) この区別は、スイス債務法(63条)またはドイツ民法典(§ 814)のごとく、「自然債務」という表現を「道徳的かつ社会的責務」という表現に代置した立法との関係において学説により試みられたものでもある。Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², Roma 1915, p. 110 において引用された文献を見られたい。[イタリア法については、現在では1942年民法典2034条を

てはならない（そして長年にわたり、現在でも支配的な学説はこの点で見解が一致している）。我々の見解によれば、それをその固有の秩序の下で評価するならば、完全かつ完璧な法的債務であるが、これを世俗の、または国家的秩序に移した場合には、国家はそれを部分的にしか承認しない。非国家的な実定秩序—そこにおいて十全な法的債務が生じ、次いで国家法がそれを「自然的な」ものとみなす—には多様なものがありうる。古代ローマ法においては、唯一の自然債務は、家族の秩序に依拠した奴隷と家児（*fili familias*）のものであったという事実をそれほど考慮に入れるべきことではない（通常はそうになされているが）としても、ローマ法にとっていかなる意味でそれが市民法（*ius civile*）と対置される限りでの自然法（*ius naturale*）または万民法（*ius gentium*）であったかについて探究しようとは思わない。近代法においては、民法が自然なものとみなす債務の源泉として以下のものがありうる（ここでは抽象的可能性についてのみ主張し、若干の具体的問題については検討する余裕がないので予断で臨むことのないようにする）。

a) 家族の内部秩序、これは旧慣にも依拠することができる。たとえば、親が子供に資金援助する義務につき、イタリア民法典147条⁽¹²⁶⁻²⁾は訴権を欠くとしているが、旧慣にしたがって単に道徳的義務だけではなく法的な義務でもあることをアプリオリに排除すべきではなく、当初は国家法により受け入れられていたが、今日では単なる家族的慣習として存続することができるものである。

b) 教会の秩序、これは、国家が承認するのではないがその履行を禁止することもない一連の責務を課す。たとえば、国家法が廃止しながらも教会が信者に課し続けている義務である十分の一税を任意に支払う者は、我々の立場によれば、贈与を履行しているのではない。というのは彼は施しを行うのではなく実定教会法に由来する義務を遂行するという意思を有しているからである。この義務は、国家法によれば、自然債務と構成することができる。

c) 何らかの組織を有している人々の集合である私的制度の内部秩序等々。その例となりうるのは有名なゲームの負債である。それは道徳的義務ではないが、ゲーム者により承認された規範による厳格かつ厳密な責務とみなされ、いわばゲーム場の規約をなしている。

d) 私的自治に由来する他の規範。この規範が客観法になりうるか、どのような場合になりうるかを検討することはここでの課題ではない。とはいえ、この問題が積極的に解決されるならば、自然債務の例として説明することができるであろう。これは先に言及したものと異なって、民事上の債務として発生するが、要式性の欠如のために、またはその実体にかかわらない若干の事実（時効、債務者の不正な債務の消滅等々）の存続のために、

考慮に入れなければならない。本文において表明した見解については、Maroi, in Diz. prat. di dir. privato, voce *Obbligazioni*; Brunetti, in *Scritti giur. vari*, Torino 1920, p. 201 segg.; Betti, *Il concetto dell'obblig. costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, p. 128 nota 21; Cesarini Sforza, *Il dir. dei privati*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1929, pp. 68-9; Salv. Romano, *Note sulle obblig. naturali*, Firenze, 1945, p. 10 segg. e passim を見られたい。]

〔添〕 [1942年民法典は、1865年民法典147条に対応する規定を有していない。]

もはや民事上の債務として妥当することなく、単なる自然債務に留まるものである。後者の性質は次の点に根拠づけることができよう。究極的には債務が問題となっているのであるが、その権原は自体的には、あるいは契約当事者の「法律」として、あるいは遺言者の「法律」として、あるいは自治のその他の発現として存続しており、したがって法律関係を生じうるものとして継続することができる。その実体または本性にかかわらない単に外見的かつ形式的な瑕疵のゆえに、あるいは言及したところの単なる国家法上の他の理由のゆえに、国家法のみがそれをもはや完全に効力を有するものとはみなさいのである。

国家法の分野に移されたならば自然債務にすぎない債務を発生せしめる法秩序の列挙は限定的なものではなく、例示的なものにすぎないことは当然のことである。我々がとりあげた例は自然債務の理論の再構成のための手がかりを提供するという目的のみを有しているのである。この理論は、提起の仕方が間違っており歪曲されたがゆえに、古くさい理論、古い観念の残滓とみなされてきたが、我々にとっては現在でも生きているばかりではなく広範にして豊かな展開をなすことができ、新しい芽を含んでいると思われる。我々の視点が正しければ、我々が照明をあてている法の概念は、論理的な要請に応え、公法の多くの問題を考慮に入れるために必要であるばかりではなく、私法の分野においても有益であるということの更なる論証となりえよう。

我々が述べたことに次のことを付け加えたい。国家法は、いわゆる自然債務に、それを「債務」とみなす限りにおいて、効力を付与し、そしてこの効力に限定してそれに重要性を与え、それが依拠している秩序を承認する。自然債務を、一定の帰結を産み出す「単なる事実」とみなす見解⁽¹²⁷⁾は、自然債務を単なる道徳的かつ良心的義務、したがってそれ自体としては非法的な義務と同一視する傾向一疑いもなく存在するが、今日までのところ少なくとも我々にとっては傾向にすぎない—が、実定法において優越している限りにおいてのみ真でありうる。

§ 44. 或る秩序が他のものにとって、全体的または部分的に、双務的または片務的に重要でない場合。

或る秩序が他のものにとって重要であるという、これまで分析してきた徴表が欠ける場合には、前者は後者にとって重要ではないということになる。とはいえ、この重要でないという概念が、それ自体としては、単に消極的で、他の方法では定義しえないものであるとしても、その多様なあり方を区別することを可能ならしめるより詳細な探究が余計なものであるということにはならないであろう。

第1に、重要でないということは、全体的な場合もあれば、部分的なものでもありうる。後者は、その必然的帰結として、これまで何度も検討する機会があった部分的重要性から

(127) De Crescenzo, in Enciclopedia giuridica it., voce Obbligazione, p. 19 segg.; Simoncelli, Le presenti difficoltà nella scienza del diritto civile, Camerino 1890, p. 24 segg.

暗黙裡に導き出される。

第２に、重要でないということが、問題となる多様な法秩序間で双務的でありうることは明白である。だが片務的でもありうる。或る秩序が他のものを重要でないとみなしながらも、後者は、自己の視点から、前者に何らかの重要性を付与するという意味においてである。

§ 45. そのものとしては他のものにとって重要でない法秩序が他の側面の下では重要である場合（国家により違法とみなされる秩序；産業組織；または事実上の制度）。

より重要で分析がより困難なものは、或る法秩序が、そのものとしては、他のものにとって重要なものではないが、後者が前者を考慮に入れ、それに異なる形姿を付与して、そこからある帰結を引き出す場合である。

そのより簡明な表現の一つにおいては、この事例は、たとえば、国家法が或る組織を違法とみなし、刑事制裁でもって打撃を与えるときに生じる。この場合には、当該組織の秩序に適合するものとしてなされた行為は国家法にとっては犯罪を構成するのみではなく、かかる組織を設立し、したがって整序したという事実そのものが犯罪であるとみなしうるのである。かくして、刑法典は、一定の事実を犯罪とみなすことに加えて、こうした事実を犯す武装軍団の形成、さらに武装軍団における指揮権または特別な権能の行使（131条、253条）、そして一般に犯罪結社（248条）を刑罰でもって禁止している⁽¹²⁷⁻²⁾。こうした場合には、国家秩序は、自己の存在または少なくとも自己が保護せんとするより重要な法益を危殆化する秩序に、その持てる最大の力でもって攻撃を加え、このような秩序に「法秩序」としての性質を認めることなく、重大な違法事実すなわち犯罪としてそれに打撃を与える。かくして、国家法とこのような組織の内部法の対立は頂点に達し、典型的な形で表現されることになる。

これとは逆に、或る法秩序は、たとえば国家秩序という他のものによって客観法のシステム自体としては承認されていないが、合法的な事実としてみなされ、その支配領域内においてなされる事実に付与される何らかの形姿の中に、少なくともある点までは、枠付けされることができる。こうした事例においては、それ自体としてみれば客観的秩序であるものが、他の秩序との対比においては、実体的に幾分異なったものに転換することになる。

この転換の例としては、他の側面の下で先に検討する機会をもったものから導き出すことができる。工場内の組織は、我々によれば、一定の人に自らに従属する他の人々に対する優越的権力を付与するという客観的法の秩序を発生せしめる（§ 31）が、国家の民事法にとっては、対等の地位にある人の間での単なる契約にすぎない⁽¹²⁷⁻³⁾。その結果、国家の

⁽¹²⁷⁻²⁾ [現在では、1930年10月19日の刑法典306条以下、416条以下を見られたい。]

⁽¹²⁷⁻³⁾ [本文で述べた考察は、その後にイタリアにおいて採用されることになるものより以前の労働関係の秩序に言及するものであり、これについては大量の文献がある。]

補助により保護されまたは遂行されるという権利と義務は、国家の法律またはその法律が認めている法律行為に由来するものにすぎない。そして、この法律は、雇主と企業家にとっての主人としての権利、そして労働者にとっての人的服従の義務を導き出すような労働契約に同意しないので、前者の後者に対する懲戒権は、国家によってそのようなものとしては許容され承認されうることはない。懲戒権は工場の内部において実際に可能な制裁を伴って行使しうるし、恒常的に行使されているが、国の裁判所が解決すべき紛争が発生すると、工場の秩序は労働契約またはその一部としてしか効力をもたず、労働者の不作為は契約違反、科される刑は刑罰条項の帰結または不履行による契約の破棄ということにならざるをえない。当然のことながら、民事法は実際に展開している関係の一部しか想定していないこと、しかも不適切で不完全な形でしか想定していないという帰結をもたらす。もっとも、このことはすべての人が自覚している。このことの明瞭な証拠は、技巧的に、ときには矛盾を犯してでも国家実定法の規範を現実には適合せしめようとしている学説の努力である。かくして、ある論者は、少なくともイタリアの現実の立法精神に明白に対立する大胆な構想をもって、労働契約は支配と従属の関係を含意していることを端的に承認し⁽¹²⁸⁾、他の論者は複雑な構成を試みている。一方では、かかる支配を否定しながらも⁽¹²⁹⁾、同時に労働の場においては労働者が他の契約当事者に従属することになることを否認せず、この服従を複合的な債務関係に解消し、これが労働者の個人的地位を構成するとする。そして、そのために地位の特別な概念が定式化される⁽¹³⁰⁾。ところが、現実とは別のものと思われる。いわゆる工場の規律は労働契約に含まれるものではなく、両者の関係は間接的で外在的なものでしかない。確かに、この契約なしでは労働者は規律に拘束されないが、契約はその前提にすぎない。規律は契約条項ではなく企業の内部組織から発生するものであり、かかる条項成立後に後者に組み込まれるのである。そして国家法はこの組織を直接には顧慮に入れない。我々の言及した視点を採用する者もまた、規律は「危険を負担し、したがって労働を指揮し調整する首領たる者の単独の意思を厳かに確認するもの」であることを承認しているので⁽¹³¹⁾、このことは一層真である。ところで、単独者の意思は契約において表明される意思とは何がしか異なっていることは明白である。加うるに、規律は、企業の長と労働者の間のみではなく労働者相互にも結合の絆をもたらす⁽¹³²⁾。後者においては、ここで

(128) Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*², I (Milano 1915), pp. 473 segg., 622に引用された著者を見られたい。[新しい秩序については、Barassi, *Il diritto del lavoro*, Milano 1935, I, p. 56, その他に、Riva Sanseverino, *Corso di dir. del lavoro*², Padova 1938, n. 216 segg., そこに引用された著者を見られたい。] 追加として、Cuche, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913; Nawiasky, *Forderungen u. Gewaltverhältnis*, in *Festschrift für Zitelmann*, München u. Leipzig 1913.

(129) Barassi, *op. cit.*, p. 473 segg.; [Diritto del lavoro cit., I, n. 80.]

(130) Barassi, *op. cit.*, pp. 600 segg.; 622; 623 nota; [Diritto del lavoro, II, nn. 179 segg., 187 segg., 192 segg.]

(131) Barassi, *op. cit.*, p. 632.

(132) Barassi, *op. cit.*, pp. 755-756; [Diritto del lavoro, n. 80.]

は検討する必要のない個別の場合を除いては、何らかの契約が介在しているということとはできない。以上すべてのことは我々の命題を確証するものである。すなわち、我々は二つの法秩序、一つは企業に固有の内部的なもの、他は国家のものに直面している。前者は後者により法秩序とは承認されず⁽¹³³⁾、後者は自らが想定し規制するかかる事実と関係を考慮に入れるが、自らの基盤の原則と適合する形姿のみをそれに付与するのであり、考慮の仕方が異なる。周知のごとく、近代国家の法は、人が同等の他の私人に従属するようないかなる関係をも排除せんとした。これは旧秩序とそれが是認した濫用への反動ではあったが、余りにも極端でありすぎ、その結果、社会生活の一定の表明は個人間の不平等、一人の者の優位、他の者の服従を今でも要請しており、おそらく常に要請していくだろうということを否認することになった。そして、国家法より傲慢で強靱な社会生活は、国家法と並んでそしてそれに対立して、一連の他の部分的秩序を構成することにより、これに報復したのである。この部分秩序においては、必要とされる先の関係がより広範かつ適切に実現されているのである。確かに、この秩序は、国家によって承認されていないがゆえに完全な効果を実際に展開することはできていないが、他方、これを無視することにより現実を否認しようとする国家秩序も部分的には実効性のないものになっている。そして、両者の競合は、それだけで、多大な不便の原因となっており、真正の相互の完成に成功していない。さて、労働契約に関する国家法の改革を妨げる困難を見据えるならば、それは、一部は、近代労働の帯びる複雑で多様な形態に由来する内在的なものであるが、一部は、政治的偏見の固執によるものであることが分かるであろう。これこそが現行法の不十分さの原因であり、不平等な要件であるものを平等な関係に還元しようと強制しているものである。

国家秩序が否認する特別の制度の内部秩序により考察されるものとは異なるものとして国家秩序が考察する関係または事実の他の例は、いわゆる事実上の結社または制度に見られる。だが、これについては先述したところ（§31）で十分であろう⁽¹³³⁻²⁾。

(133) 事業所の規則を制定または改正する雇主の権利を規制する国家の秩序には当然のことながら異なる形姿がある。この場合に、ある者は国家による支配権の付与を見出すことを確信しており（Jellinek, *Sistema*, p. 278, イェリネクの引用する他の著者, Bornhak, Rehm 等）、他の者は相変わらずこの権利を契約から引き出しており（Laband）、または協同体の自治法に含めている（Oertmann）。

(133-2) [もう一例挙げることにしよう。いわゆる「紳士共同体」の規範としての騎士規則は、それ自体として、法規範とみなしうるが、このことは、他の者（Calamandrei, *Regole cavalleresche e processo*, loc. cit.）がみなすように、国家がそれをそのようなものと承認したということをおうとするものではない。イタリア法にとっては、その侵害は何らかの効力をもつことがあるが、それは法律の侵害としてではなく、慣習規範の侵害としてである。拙書, *Corso di dir. amministrativo*³, Padova 1937, pp. 37-8 を見られたい。]

§ 46. 或る秩序が他のものにとって全体として重要性がないこと。国家の秩序に関してもかかる重要性のなさがありうる可能性。

さらに、すでに指摘したごとく、或る秩序が、客観的秩序としてばかりでなく、あらゆる側面においても他のものにとって、全体としてまたは部分的に、重要性がないということがありうる。このことは、従前の節において検討した事例の場合に生じたこととは異なっており、前者は後者によって何ら考慮されることなく、そのため秩序としても他の法律事実としても存在することなく、その範囲内で生じる個々の関係または個々の事実は何ら考慮されることがない。

このように理解される重要性の欠如の可能性は疑問の余地がなく、これまで展開してきた諸原則から明らかに帰結するところである。むしろ、それが通例であるような秩序が存在する。むしろ、それは例外を排除するものではない。このことが生じるのは、各々が他のものとは完全に異なる目的を有しており、したがって相互の干渉の機会をまったくもたないような個別の制度との関係においてである。これに対し、広範な基盤を有し、社会生活の大部分に広がる目的を有する制度が問題となる場合には、当然のことながら、社会生活の表明である無数の繋がり—多くの場合不可分のものである—のために制度自体の秩序の間の関係が望ましく必要でもあるということが生じる。これについては分析したところである。とはいえ、いかに広範で包括的であるとはいえ、自らの秩序にとって社会関係すべてが無造作に重要性であるとみなす必要を感じられるような制度というものは存在しないということに留意する必要がある。その結果、その一部はその法の領域から排除され、それとは無縁な他の法の支配に組み込まれることができる。このことは、普遍的性質を有する制度においても生じる。たとえば教会である。教会は、自らが追及する宗教的目的に間接的にも直接的にも結び付かないかなる事実もしくは関係についても、関心を示さない。また国家のごとく、普遍的ではないが一般的目的を有する制度においても生じる (§ 33)。実際、国家の法秩序もまた、ここでかかわりのある意味において、多様な視点によって境界づけられ、したがって限定されているように思われる。まず第1に、その構成要素、すなわち領土と人に関してである。そのため、各国家は外国の領土または外国人間に生じる事実と関係を自己の秩序に組み入れる可能性と能力を有しているが、それにもかかわらず、通例は、自己の領土と人の範囲を超える拡張を自己の法に与えることはない。周知のごとく、この通例には多くの重要な例外がある。とりわけ古代国家のように自らに閉じ籠もることのない近代国家においてはそうである。しかしだからといって、少なくとも一定の事項については広範囲に及ぶ通例であることをやめるということにはならない。ここから次の帰結が引き出される。各国家にとって外国の秩序そのものとそれに含まれそれにとって重要なものは、すべてではないにしろ大部分は無縁なものである。このことについては疑問を差し挟む余地がないものと確信している。かくして、たとえば、フランスのような国家においては、裁判所は市民に対してのみ裁判を行うべきであり、若干の例外を別として、専ら外国人にかかわる紛争を解決することはない。そしてイタリアにおいて

も、我が国の司法官は民事訴訟法典105条及び106条に列举された事案においてのみ外国人に管轄権を有すると主張されており、これが定説である⁽¹³⁴⁾。もっとも、この列举は限定的なものとみなされることを欲してはいないにしても、外国人が我が国の管轄に服するのは、所与の条件が競合する場合であり—ここで明確にする必要はない—、それが欠ける場合には、我が国の実体的かつ手続的法秩序に含まれない問題が生じるということは、常に一般原則である。

国家内部で生じる関係と事実についても、国家が常に自己の法の下に包摂すると確信するべきではない。かかる包摂は、国家と国家が提起する目的に利害のある関係または事実が問題となっていることを前提にしている（§ 33, 40）。ところで、国家を無限定な目的をもった制度として観念するのが通有であるが、それにもかかわらず、この表現は消極的な意義しか有しておらず、より正確には、国家の目的にはなりえない社会目的はおよそ存在しないという観念を表明していることは明白である。とはいえ、このことは潜在性及び抽象的可能性にすぎない。具体的には、国家の介入はあまねく広範であるとしても、各国家の法はその事項に関しても常に限定されているのである。このことは、国家の支配に入らない事項が存在することを意味している。というのは、国家はそれに関心を示さず、したがって、それ自体としても、さらには他の秩序に規制されうる場合もあるので、それを考慮に入れる動機を有していないからである。

§ 47. 反対学説の批判的検討。国家の秩序の限界；その多様な形態と帰結；国家にとって法的に無関係な事項の例（私的に規律された秩序；若干の宗教的秩序；若干の非財産的な結社の秩序、等々）。

ところが反対の見解が主張されている。すなわち次のようにいう。「法により考慮されないいかなる個人的活動の領域も存在しない」。ここでいう法とは国家法のことである。さらにいう。「所与の行為は法律の個別的規範により課されているか、または禁止されているか、または自由の領域に入り、かかるものとして許されているのである。ただし、それは法律の個別的規範により定められていない限界を他の者にもたらすべきことになる。この場合にはそれは未だに禁止されたままである。所与の不作為についても同様なことがいえる⁽¹³⁵⁾」。かかる結論は次のように定式化しうる原則の肯認から引き出されたものである。或る法秩序はかかる責務または限定的存在を定める一定の事案を規定することにより、暗黙裡に一般規範を措定しており、そのため他のすべての事案においても何らの限界も存在

[134] Anzilotti, Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio ecc., Bologna 1908, p. 57 segg. in nota, e in Rivista di diritto internazionale, 1908, p. 171 segg. [現在では1940年民事訴訟法典4条及び5条を見られたい。文献としては, Morelli, I limiti della giurisdizione it. nel nuovo C.P.C., in Riv. di dir. process. civ., 1941, I, p. 104 segg.; Zanzucchi, Il nuovo dir. processuale civ., I², Padova 1942, p. 22 segg.; ecc. がある。]

[135] Donati, Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, Milano 1910, p. 223.

すべきではない。この規範は、単に消極的なものばかりではなく—というのはそれならば法規範は存在しえないと主張するからである—、積極的なものでもある。すなわち、それは、禁止されていない、または相関的に課せられた活動すべてを積極的に行い、または行わないことを許すだろうからである。かくして、かかる活動は自由権の内容を構成することになり、したがって、法的に無縁なものではなく、常に重要なものである⁽¹³⁶⁾。

いわゆる法の欠缺の問題のために構成されたかかる学説を完全に分析することはここでの課題ではない。私見では、この問題は全く異なった方法で提起さるべきであり、私も本考察に続いて論証しようと決意しているところである⁽¹³⁶⁻²⁾。とはいえ、若干の簡単な考察を行うことは余計なことではないであろうし、それはまたここまで展開してきた理論を確証することにも役立つであろう。

まず、言及されたところの或る法秩序の一般的かつ完結的規範は上述の意味での積極的規範でなければならない、それは他の当事者には義務が結び付くところの権利—自由権—を必然的に付与するものであり、他の規範によって画定された以外のところで他の責務が存在することを否定することに向けられた単なる消極的規範ではありえない、という主張は不当なものだと思われる。このような見通しは、我々がすでに反論したところの(§ 22) 予断に示唆されたものであり、それによると法は専ら権利とそれに対応する義務により構成される複数の人の間の関係を規制するものとして観念されなければならない⁽¹³⁷⁾。ところが、我々によれば、或る法秩序が所定の事項に自らを限定することを自己の基本原則として宣言し、自らが想定しない他の事項は法的に重要性のないものであり、したがって権利も義務も承認しない分野とみなさなければならない、ということは完全に想定可能である。それどころか、いかなる秩序も、個人の活動と表現すべてではなく、その目的にとって関心あるもののみを自らに服従させることを主張するというすでに措定された公理が真であるならば、このことは単に可能なものであるばかりでなく、あらゆる秩序の不可避の要請でもある⁽¹³⁸⁾。

ところで、或る法秩序が一定の行為を禁止せず、または課さないという事実の帰結として有しうる作為または不作為のすべての権能に真正の自由権を見出すことは、我々の見解によれば認めがたい。第1に、このような手法を措定すれば、これまで伝統的学説が、完全に自覚していたとはいえないにしても正しい直感をもって、よもや発見するとは夢想だになかったところをも含むにいたるところにおいて、自由権を見出すことになってしまうことに容易に気づくことになる。そして、法秩序により禁止または課されていない活動

⁽¹³⁶⁾ Donati, op. cit., p. 35 segg. e passim.

⁽¹³⁶⁻²⁾ [この点については、さしあたり、拙論, Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale, Modena 1925, 及び拙書, Principii di dir. costi. generale, cap. VII § 7 を見られたい。]

⁽¹³⁷⁾ Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I, p. 91 segg.; Donati, op. cit., p. 38 segg.

⁽¹³⁸⁾ とりわけ, Bergbohn, Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie, I, Leipzig 1892, p. 371 segg. を参照されたい。また, Marinoni, in Rivista di diritto e procedura penale, 1911, parte I, p. 312 segg. [; e in Scritti vari, p. 41 segg.; Romano, Principii cit., cap. VII § 2 e passim] を見られたい。

を遂行したり遂行しない国家の自由権なるものを形成する点にまで達することができることが理解されるし⁽¹³⁹⁾、他方で、かかる権能はその権力の契機にすぎず、単なる自由権以上のもので自由権とは実質的に異なる何かである。自由権というものは、論理的には、等しい地位または優越的地位にある主体に対して有しうるのであり、下位にあるものに対するものではない。服従するものに対しては、単に自由であるばかりでなく、（かかる表現が許されるならば）その主人でもある。

そして、このことを度外視しても、各々固有の異なる形姿を有し、法秩序によりその積極的内容が規律されている一連の他の権利と自由権を混同することを我々は不正確であると判断する。国家の権限のみではなく、たとえば、地方公共団体の自治権、公的及び私的所有権等も、作為不作為の権能、そしてまたこの権能を阻害しうる他人の行為を差し止める請求権を包含しているが自由権ではない。自由権というのは、或る主体が、優越するまたは対等の他の者に対して独立していることを対象とする権利として形成され、逆に他の者はその法的領域に介入しない義務を負っている限りにおいて、自体的な権利として行使することが許されているのである。単なる不作為を求める消極的権利である。他方、この不作為に対応して行われうる積極的活動は、他の公権または私権の対象自体を成しているか、あるいは重要性をもたないものである。自由権というのは、無数の権能を自己のうちに含む複数の自律権に解消されることがないという意味において、本質的に単一の権利であるという現在の通説的見解は、既述の消極的内容がそれに付与される場合にのみ正当化されうるものである⁽¹³⁹⁻²⁾。実際、かかる権能は、積極的活動に転換される限りにおいて、同数の自律権を生起させることができ、或るものは他のものと完全に区別される。これに対し、この自律権は、その共通の要素が見えるものとなる限りにおいてのみ、単一の複合的権利の表明であると観念することができる。この共通の要素により、自律権は、一定の時期及び確定した側面の下で、人的独立の権利主張に転換されることになるのである。この性質、この無差別の対象において自律権を捉えようとする限りにおいて、それは自由権という概念に変換することができるのである。そうでなければ、それ自体としては、混同されることなく区別する必要がある多様な法的形姿を生起せしめるか、あるいは法的には重要性がないものである。

われわれの手法からは逸脱することになる他の点に固執することなく、最後に考察すべきは、法秩序は多様な方法で自己の限界を確立しうるということであり、このことはまことに看過しえないところであるが、先に言及した学説はこのことをまったく考慮に入れない。これらの方法のうち、我々に関心があるのは、わけても以下のものである。

a) 第1に、法秩序は当局の権限を制約することができる。ただし、この制約には、かかる制約を遵守せしめる他の者の権利が対応していない。とりわけ、現在以前の国家にお

⁽¹³⁹⁾ Donati, op. cit., p. 227 segg.

⁽¹³⁹⁻²⁾ [この見解に反対するものとして、さしあたり、拙論, Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale, p. 5 nota 2, 及び拙書, Principii cit., cap. VIII § 4 n. 2, e cap. IX § 1 を見られたい。]

いては、これが選好されたシステムであった。このことは、自由という公権の主張が完全に近年のもので近代国家に固有のものであり、歴史的真理に反していわれているごとく、あらゆる法秩序の必然的主張ではないという正当な常識を説明することになる。今日においても、公権力の制約に市民の権利が対応していない多くの事例を我々の実定法から容易に列挙しうるであろう。最も顕著な事例は、立法権に限界があるとしても、立法権にその遵守を強制することが何人にも認められていないことであろう（上述 § 22 を見られたい）。

b) 第 2 に、法秩序の制約から、その制約自体の遵守を内容とする、あるいはそれを前提とする権利—法秩序により付与される—が生じる。かかる権利の最も特徴的なものは自由権であり、これは先に言及した単に消極的な意味で観念されたものであり、法秩序に服する各主体の所与の独立を対象にしている。この権利には、前者に委ねられた自由の領域に他者が侵入してはならないという義務が対応している。だが、この権利は考慮に入れられるべき唯一の権利であるというわけではない。本質的に積極的な内容をなし、したがって自由権と混同してはならない他の権利が存在する。この権利は、法秩序が或る活動の前で自己の規範を停止せしめることを前提にしている。この活動の広がりには、一定の限界内で、法秩序自体により描かれるのではなく、当該主体の意思に委ねられている。かくして先に採用した例を繰り返せば、所有権がそうである。ときには、権利ではなく、同じ前提に依拠して、一定の人格にかかわる地位(status)について語ることがある。たとえば、或る公共団体の自律的地位である。そして、先に言及した視点から、国家または他の団体の種々の機関に付与された裁量権の形姿に訴えることもある。

以上のように、これらは全く異なる一連の事案であり、我々の関心にかかわる限りにおいては、秩序は一定の活動の実行を法的に重要なものとみなすことがあるが、それはある一点に至るまでであるという共通の特徴を有している。すなわち、秩序により是認され限定された限りでの領域が権利、地位、権限をなすのである。この領域から逸脱すると濫用となり、これは常に法的に重要なものとなる。だが、その範囲内に浸透することを秩序は差し控え、その内部は法的に無関心なものとなる。いわば法的に無関心なこの空間の存在は、誇張されて不正確に評価されることにより、全体として捉えられたその中にあれこれの権利の形姿を見出すことができるのかという疑問を生起させることにもなった。かくして周知のごとく、自由権とは単なる権能である、あるいは純粹に事実上の権能の総体であるとして、自由権を否定する者もいる。そして、実質的にはこれと異なることのない視点から、所有が権利であることが他の者により否定された。ところが、法的に無関係な分野を拡大するかかる見解は、あらゆる活動が常に法的に重要であるというこれと反対の見解と同様に誤っている。双方ともに、法秩序がそこまでは拡張し、それ以上は浸透しない限界を正しく評価していない。確かに、法秩序は自由権を付与するが、それによつては自由権に由来する一連の行為に配慮しない単なる事実が存在するだけである。所有権を与えるが、所有者が法律に反する利用をしない限り、物を享受する方式には関心を抱かない。家父に、その濫用が禁止され、刑罰を受けることもある親権を認めるが、たとえば悪戯をした息子を平手打ちにする権能のごとく、親権自体には含まれるが法的には無関係な種々の

事実上の権能を真正な権利とはみなさない。

この領域、より正しくはこれらの種々の領域—その内部においては既述の意味で法的には無意味である—が存在すると、そこから次の帰結が引き出される。すなわち、その領域の限界内において他の法秩序が樹立され、この法秩序は、その領域を越えない限りにおいて、その領域の存在を承認する先の法秩序にとっては、法的に無意味である。当該領域の（いわば）主人(dominus)の意思により行使されうる個々の行為が無意味であるのと同じく、場合によっては、同じ主人がかかる行為を規制せんとする秩序も無意味であろう。この秩序は、我々が指定した基準に即して、所要の徴表を具備することになれば、それ自体法的なものになりうるであろうが、国家秩序にとっては重要性のないものであろう。同様に国家秩序は、父親が子供に向かって行使しうる矯正手段を重視するということはない。このことについてはすでに述べたが、親権を濫用する場合は別である。このように、国家秩序は、寄宿学校、施設、私設療養所において効力を有する懲戒規則を、通例は、無視するのである。一定の矯正または懲戒手段が濫用であるとして処罰されるだけである（刑法典390条⁽¹³⁹⁻³⁾）。ただし、留意すべきは、この濫用は、この懲戒規則—これは国家にとって何らの重要性をもたない—に含まれる規範に照らしてのものではなく、国家自身がこれらの権利に付与した限界に照らしてのものであり、ここでいう施設が維持しうるのもこれらの権利によっているのである⁽¹⁴⁰⁾。

また逆に、事案ごとに異なる特別の事由によって、国家の付与した自律の範囲内において活動する個別の団体の法秩序が、国家にとって全く無意味ではないということもありうるであろう。こうしたことは、たとえば、自律的団体の規則、教会の法の場合に生じる。これらは国家によって客観的法として考慮されるのである。こうして、かかる団体の個々の行為がその裁量の及ぶ限りのところで、国家当局の権限は、通例は、立ち止まることになるのであるが、にもかかわらず、国家法のみではなく当該団体の内部法に依拠しても、その行為の合法性を審査することができるのである⁽¹⁴¹⁾。

c) 最後に、他の事例についても言及すべきであろう。実際、国家の法秩序が、一方では、その国民の各々にある行為を禁止することなく（同じく課すこともない）、その結果そ

(139-3) [現行刑法典571条]

(140) 我々によれば、イタリア実定法に基づいて、私人の懲戒権を語る者は誤謬を犯しているということがこのことから分かる。私的懲戒が、国家法にとって重要であるとすれば、それは懲戒としてではなく、他の形勢の下で、概して契約に由来する義務に伴う制裁としてである。しかも、それは全く重要性が欠けるということもありうる。ただし、他の権利（たとえば親権）の濫用の場合は別であるが、これは懲戒権ではない。とはいっても、場合によってはそれが国家秩序とは異なる秩序にとって重要であることは妨げられない。[現在の私の見解では、いずれにしても再検討に相応しいこの問題に、かくも絶対的な解決を常に与えることはできない。]

(141) 国家と教会の関係におけるこの点については、多様な見解があるが、Scaduto, in *Giurispr. it.*, 1904; Vacchelli, in *Foro it.*, 1904; Schiappoli, in *Legge*, 1903, e *Manuale*, nn. 291-292 [ed. 1934, p. 75 segg.]; Coviello, *Manuale*, I, §§ 98-99 [=ed. 1922]; Jemolo, *Amministrazione ecclesiastica*, n. 85 segg. を見られたい。

の行為が自由となり、他方では、これに反する行為を行うことを他の主体に禁止しないということがありうる。かかる場合には、国家の法秩序は、相互に対立し、したがって真正の権利の対象とはみなすことができない二つの行為の遂行に対して無関心に留まる。たとえば、イタリア法は自殺を禁止していない。しかし、このことは、他の者が生命を絶つことを防止することを禁止していると理解することにはならず、自殺の自由権について語ることができないことは確かである。そして、何度も明らかにしたごとく、国家の秩序が自らの範囲から全体として除外した事項というものがあり、したがって、これについては、すでに (b)において) 見てきたように部分的にのみではなく、全体的にも関心を示すことがない。

こうした事項のうちで、若干のものはすでに言及したが、列挙する必要があるのは純粋に霊的及び宗教的性質を有するものである。少なくとも、近代国家は、世俗的で政教分離的である限りにおいてこれらについては無関心を示す傾向にある。これらを考慮に入れる規定は稀なものとなっており、通例は、旧秩序の残滓であり、廃止されなかったので効力を保持しえているが、先に言及した規則を消滅せしめていない。一例として宗教婚に関する事項がある。これに関しては、当初の国家法上の規範は、民事婚を設け規制した新しい規範により廃止された⁽¹⁴¹⁻²⁾。かくして、この事項は、それ自体としては、国家法にとって無縁なものとなり、またこれを自らの側で規律する各教会または他の宗教団体の秩序も無関心なものとなった。この原則こそが、宗教上の権限ある機関による婚姻の儀式を挙行してもらえる信者の権利が国家法にとって存在するののかという問題を解決するのに役立つのである⁽¹⁴²⁾。我々によれば、当該事項は国家法に重要性のないものであるという単純な考察に基づき消極に答えなければならない。そして、他の論者が行っているように、この権利は、確かに国家から直接に付与された権利ではないが、各宗教団体の秩序から付与されたのではないかということを探究することは意味をもたない。というのは、後者の付与が立証されたとしても、その秩序は国家のために存在するものではないと常にみなさなければならない、したがって、当該秩序に由来する権利を保護することはできないからである。国家の側で教会法を客観法として承認することは、そこから派生する民事上の効力の前提をなすものである。これに対し、かかる効力を発生させない部分は、国家にとって重要性を有しない。ただし、これと反対のことを定める、例外的なものともいえる特別の規定がある場合は別である。

留意しなければならないのは、このことは宗教事項にのみ妥当する原則ではなく、他の事項にも妥当するということである。この点では、私法の分野で—特別な規範のある家族

[141-2] [周知のごとく、イタリア国家の最新の法は、カトリック教会及び認容宗派の聖職者の面前で挙行された婚姻にも民事上の効力を承認している。]

[142] この問題については、Jemolo, *Esiste un diritto dei fedeli al sacramento?* in *Rivista di diritto pubblico*, 1915, II, p. 133 segg. を見られたい。簡単な言及としては、in Chironi, *Colpa extracontrattuale*, Torino 1903, II, pp. 533 e 673, [ed. 1906, nn. 529, 598.]

法を別として一財産的性質を有しない債務が認められるかという著名な論争が想起されよう。要するに、この論争が消極に解決されるならば、国家私法にとって重要性の欠ける一連の関係が存在するとの原則を措定しているのである。国家私法上の事項は、少なくとも通例は、直接的または間接的に、財産的価値または効力を有する関係に限定されることになるだろう。

我々によれば、私的団体の社員が、そこから除名された場合に、この除名処分を国家の裁判所に訴える権利を、常にいかなる場合にも、有しているかという問題は、同類の視点の下にある。商事会社または民事会社、いずれにしても法人格を有する団体が問題となっているのであれば、この権利は、少なくとも原則としては、否定することができない。というのは、この場合には、国家が承認し、国家法により直接または間接に規制されている団体が存在しているからである。だが、いかなる意味でも「民事上の」（ここでは広義の意味で理解されている）関係または効力を発生させない結社の場合には、国の裁判所の管轄権は及ばないように思われる。というのは、国家法にとっては結社自体とその内部秩序は無関心なものだからである。したがって、当該結社が国家当局に訴えることを社員に禁止し、関連紛争を他のものに委ねている規定を有する場合のみではなく⁽¹⁴³⁾、結社の規則がこの点に何らふれていない場合においても、この管轄権は及ばない。我々によれば、たとえば、政党が党員を除名したことの善悪を司法当局が決定することはいかなる場合においても不可能であり、政党自身に対して除名された者の再入党を認めるよう強制することは想定しがたい⁽¹⁴³⁻²⁾。もちろん、除名と関連する問題が「市民法上の効力」と結び付いている場合には、その管轄権は認められなければならないであろう。ところで、今日においても欠如している結社の理論を構築する際に、こうした原則がいかなる帰結をもたらすことになるかということについて、もちろんここで探究する場合ではない。

§ 48. とりわけ国家的な制度の内部秩序とそれに含まれる他の制度の秩序との関係。

最後に、本章を閉じるにあたり、先に留保していた論点に言及するのが道理ではあるが、ここではその若干の点にふれることしかできない。

ここまで、我々は、多様な法秩序間の関係を、それが各々自体的に具体化されている制度、すなわちその相互間の関係にもかかわらず、各々区別された法領域として考察することにより、確定してきた。とはいえ、繰り返し注意を促してきたように、他のものに包含され、それによって完全に支配され、その法秩序は他のものの部分として考察すべき制度

(143) かかる規定の存在を前提として問題を措定し、その効果を探究するのが、C. Lessona, I diritti dei soci nelle associazioni private, in Rivista di diritto commerciale, 1910, I, p. 378 segg. である。より一般的な要件の下でこの問題に言及するのは、Bianchi, Corso di diritto civile², IV, n. 17 である。

(143-2) [政党が国家の憲法秩序に組み込まれた公的団体の形姿を帯びている秩序においては、この問題の措定は異なるものとなるであろう。その場合に、いかなる解決を受け入れるべきかは、ここで検討する必要はない。]

がある。そこで、それぞれの秩序の区別は、変わらずに残り、一定の視点の下では常に必要なものではあるが、他の視点の下では上位の制度の秩序の内的分割となってしまう。この分割にいかなる重要性和意義を付与すべきかということは、近時、学説が相当に検討した問題であるが、その結果は決定的なものと思われず、実際、問題設定そのものが完全に正しいものではなかったので、そうならざるをえなかった。

或る団体、とりわけ国家の秩序においては、団体とその成員の地位と関係、成員相互の関係を規制する規範と、これとは異なり団体自身またはその機関に向けられた内部的といわれる規範とが区別されることは周知のところである。とはいえ、このような要件の下で一見極めて明白と思われるこの区別も、明白に団体と他の者との関係にかかわる他の規範を内部規範に包含する必要が感じられる場合には、不正確で不明瞭なものになる。たとえば、国立図書館の規則をなす規範、国立学校に妥当する懲戒規範等々である。そこで別の基準に訴えることになる。団体自身が担い手となる一般の権力にかかわる規範と、特別権力、すなわち一般的服従に由来するものに含まれない種々の理由により一定の人が見出さる特別の服従の地位(status)にかかわる規範とが区別される。後者は、前者とは異なり、内部規範に包含さるべきであろう。区別をこのように理解することは、私自身、多くの機会に明確にしたところであり⁽¹⁴⁾、それ自体は不正確ではない。だが、今や、それは、より完成した高次の視点により克服され、吸収されうるものと思われる。この視点は、内部規範の概念をよりよく説明し、特別権力の概念に、不明になっている他のものとともに、よりよく光をあてることになる。

我々が言及する視点とは、極めて複合的な構造の団体、とりわけ国家のごときもの—もちろん国家だけではないが—においては、一体として考察したならば一つのものをなす相当数の制度を区別しなければならない、というものである。この意味での制度は、国家の個々の機関（議院、省庁、一般に各官庁）であり、そして厳格な意味での(strictu sensu)機関のみではなく、国立学校、国立博物館、国立図書館、国有施設等々（§12の3）のいわゆる国家の制度もそうである。さらに、相互に同格で一体のものとなる機関及び組織を統合したものは制度であるとみなすことができる。したがって、立法、執行、司法という国家の三権は、一体として統合されて、全国家組織という大きな制度を構成する。さらに最大の制度である国家自身に至ることになり、そこには先に言及したすべての小さな制度、したがって、その固有の組織に加えて、それを構成する他の要素も含まれる。

このことが真だとすると、次の帰結を引き出すことができる。すべての制度は、前章で

(14) 拙稿, Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari, in Arch. giur., 1905, 及び拙書, Principii di dir. amministrativo, it³., Milano 1912, n. 7 を見られたい。さらに, Ranelletti, Principii di dir. amministrativo, I, pp. 236, 276 ; G. Arangio Ruiz, Istituz. di dir. costituzionale it., nn. 481, 549 ; Salemi, Le circolari amministrative, Palermo 1913, p. 55 segg.; Zanobini, Le norme interne di dir. pubblico, in Riv. di dir. pubbl., 1915, II, p. 321 segg.; Presutti, Istituz. di dir. amministrativo it²., Roma 1917, n. 40 [= 3^a ed., Messina 1934, n. 40, p. 75] をみられたい。

論証した定義にしたがい、法秩序である。我々の事例においては、他のものの部分である制度が存在するので、これを構成する法秩序は、それを含むより大きな法秩序の部分であるということになる。したがって、前者は、後者の内部的法秩序である。国家に関しては（もちろん、単純でない構造の他の団体にも同じ基準をあてはめることができることは明らかである）、内部規範そして（今ではよりよく、より包括的にいうことのできる）国家の内部秩序として、次のものを理解している。

a) 各機関と組織の地位と関係にかかわる限りにおいての国家の機構の秩序。

b) 個々の機関と組織の秩序。それ自体の場合もあれば、各官庁の権限ある人、または種々の理由によりその組織自体に受け入れることのできる人との関係の場合もある。

この基準にしたがうことにより、以下の利点が生じる。内部秩序の概念が正確に画定され、とりわけ統一的なものに還元される。他の大きなものに含まれる制度の法秩序は後者の秩序に対して内部的なものであり、したがって、官庁の法は総体として捉えられた国家法に対して、あたかも国家法が国際法に対比されるのと同じである。第２に、国家法に関しては、内部秩序の概念は優越する特別権力の概念にもはや服従するものではない。むしろ後者が前者から引き出されなければならない、より明確かつ完全なものになっている。実際、優越する一般権力に対する優越する特別権力のみでなく、一般的性質を有する類似のものに対して特別なものといわれる一連の他の権力、権利、義務、地位そして状況を、我々は今や正しく浮き彫りにすることができるのである。かくして簡明になった区別は以下のもの以外ではありえない。他のものが吸収されている制度として総体的に捉えられた国家の秩序に依拠する地位(status)、関係、権力、権利、義務等々が一般的なものといえよう。他方、孤立してそれ自体として捉えられた国家的制度の秩序に依拠する同じ契機が特別なものといえよう。かくして、主観的契機にかかわる他のものを正当化し説明する客観法の指示による区別がえられる。これは論理的にも正しいものである。

このことを踏まえると、二種の内部秩序を区別すべきことになる。第１に、他のものを含む制度によって措定されたものである。しかしながら、これは総体として捉えられた制度自身のためではなく、前者に従属する小さな制度の一つのためである。たとえば、議会のいわゆる内部事項(interna corporis)に関する憲章その他の法律で定められた規範、法律または一般規則に含まれる官吏の懲戒規範等々である。第２に、各々の小さな制度が自らのために設定した秩序である。たとえば、議院規則、上位の者から下位の者に向けられた通達、施設、図書館の規則等々である。第１のものは、大きなものに含まれる制度の秩序が妥当するところの領域にかかわるが、その源泉をなす大きな制度にはかかわらない内部秩序である。第２のものは、効力が生じる領域にもその源泉にもかかわる内部秩序である。

最後に、かかる内部秩序が法秩序とみなされるべきかという問題がかくも容易に解決されることになったということを指摘しなければならない。我々も他のところで受け入れ、通説でもある消極説は、先に言及した第２の種類の秩序は、そのものとしては、一般的秩序にとって重要なものではなく、その統合的部分でもなく、それと融合するものでもない、という意味においては正しい。このことは、他の視点からは重要ではないということ

を意味するのではない。かくして、議院規則または通達は、その制定が国家の一般法によるものであっても、あるいはそれにとって義務的なものであっても、それと一体となるものではなく、単一で複合的制度とみなされている国家自身の秩序を構成する法律及び一般規則と結合するものではない。このことは、それは、国家的秩序に含まれてはいるが区別される自体的な秩序、特別な制度の要素であり、上位のものに吸収されるからではなく、区別されているものとして制度そのものであるという原則の帰結である。それは、この意味で、自律性の表明であり、このことは議院規則の場合に明らかにされたところである。他方で、国家の包括的秩序との関係においてではなく、それ自体として考察するならば、それが真正の法秩序であることは否定することができない。このこともまた、我々が設定した法の定義とあらゆる制度は常に法秩序であるという原則からの帰結である。すでに検討したごとく、これまで相争ってきた両説は、双方とも真であるが、それは相対的な意味においてであり、絶対的な意味において捉えた場合には、双方とも誤りである。というのは、その提起する法の概念は、我々が描いた基準に即して訂正されなければならないからである。ところで、第1の類型の内部規範は、その源泉においてではなく、その効力範囲において内部的なものであり、国家の機関間関係の完全な法性という上述の視点からしても (§ 22の3)、その法的性質を疑問に付すことはできない。

そして、これらの原則を極端のところまで及ぼすと、いくつかの一般理論の再構成によって相応の利点がえられることになるであろう。たとえば、公法関係論、権力分立論等々の新しく興味深い側面を浮かび上がらせることができるであろう。